

**PRINCIPALES ASPECTOS DE CONFLICTO ENTRE LA JURISDICCIÓN
CIVIL Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN RELACION CON LA
GESTION PATRIMONIAL DE LAS ENTIDADES LOCALES, ANTE LA
CONCURRENCIA DE APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO Y
PRIVADO.**

**Venancio Gutiérrez Colomina
Secretario General del Ayuntamiento de
Málaga y Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad de Málaga.**

CALL PAPER
FIFTH SESSION
REFORM OF INSTITUTIONS

INTERNATIONAL ASSOCIATION
OF PROCEDURAL LAW
XV. WORLD CONGRESS

SUMARIO

I.- EL PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES LOCALES.

II.- EL DOMINIO PÚBLICO LOCAL.-

1.- RÉGIMEN GENERAL: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

2.- RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN.-

3.- COMPETENCIA JURISDICCIONAL.-

III.- BIENES PATRIMONIALES.-

1.- REGULACIÓN LEGAL.-

2.- RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES PATRIMONIALES.-

3.- LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO PATRIMONIAL.-

4.- JURISDICCIÓN COMPETENTE EN LA CESIÓN, REVERSIÓN: CIVIL O CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.-

I.- EL PATRIMONIO DE LAS ENTIDADES LOCALES.- La Ley 33/2003, de 3 de Noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) considera en el art. 3.1, de carácter básico, que el patrimonio de las Administraciones públicas está constituido por el conjunto de sus bienes y derechos, cualquiera que sea su naturaleza y el título de adquisición o aquel en virtud del cual les hayan sido atribuidos. En el apartado 2 efectúa una delimitación negativa, señalando que “no se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones Públicas el dinero, los valores, los créditos y demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería.”

El art. 79 de la Ley 7/1985 Reguladora de Bases de Régimen Local (LBRL) establece que “El patrimonio de las Entidades locales está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan”. La legislación y la reglamentación autonómica, dictada en el marco de la legislación estatal básica (LRBRL, Código Civil y normas de la legislación patrimonial (LPAP) o especial –minas, aguas, etc.- sobre el patrimonio y la normativa estatal como el RDL 78/1986 Texto Refundido Régimen Local (TRRL) en la medida en que parcialmente sus normas no son básicas y el Reglamento estatal de Bienes de las Corporaciones Locales (RBEL)).

Por otra parte, la naturaleza jurídica del dominio público ha sido objeto de amplio debate en la doctrina. Como ponen de relieve Castillo Blanco y Javier Quesada¹, siguiendo a Sánchez Morón, en un primer momento se decantó por la tesis patrimonialistas de Hariou (Ballbé, García de Enterría, Garrido Falla y Entrena Cuesta), en el sentido que existe una auténtica relación de propiedad sobre los bienes, y con posterioridad otro conjunto de autores, como Villar Palasí, Gallego Anabitarte y Parejo, Alfonso, entre otros, han defendido la existencia de un derecho de cosas estrictamente administrativo, como un título de intervención administrativa. La STC 227/1988, de 29 de noviembre manifiesta que la incorporación al dominio público supone “no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado al tráfico jurídico privado.”

¹ Castillo Blanco, Federico y Quesada Lumbreras, Javier E.”El Patrimonio de las Entidades Locales tras la aprobación de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas”. Del libro colectivo “El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas, dirigido por Juan Mestre Delgado. 2ª Edición. 2010. La Ley. El Consultor.

Menéndez Rexach,² realiza un apunte crítico sobre la patrimonialización del dominio público, señalando, que en rigor no pertenecen a la Administración porque son colectivos, al estar destinados al uso público, y considera por ello un error conceptual, con previsibles consecuencias prácticas negativas para los ciudadanos, que los entes públicos pueden caer en la tentación de convertir estos bienes en fuente de ingresos para su hacienda. En nuestra opinión, no hay contradicción entre los conceptos de dominio público y derecho de propiedad, entendida ésta, no en la concepción individualista tradicional, sino subordinada a su función social. Por ello, llevo algún tiempo propugnando³ una nueva estrategia de utilización del dominio público, de manera que por ejemplo los Ayuntamientos puedan desafectar el subsuelo, y una vez convertido en bien patrimonial, proceder a su venta como aparcamientos, siempre que mantenga en superficie el uso dotacional, o bien, actuar de manera simbiótica con la iniciativa privada, utilizando la concesión demanial o la concesión de obra pública para robustecer la red de servicios y equipamientos públicos y privados. La realidad es que el problema está en la desmesurada amplitud que se le ha dado a la categoría de dominio público en el Derecho público español, y sería conveniente redefinir el concepto de dominio público y limitarlo a los de uso público.

La clasificación tradicional de los bienes de la Administración Pública es, la que distingue entre bienes de dominio público, comunales y patrimoniales de las Corporaciones Locales, aunque se va abriendo paso la idea que el régimen jurídico propio de cada categoría de bienes debe hacerse extensivo, también, a los derechos, en especial a los derechos reales. El art. 132 de la Constitución Española (CE) establece que «la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación».

Los bienes comunales están sometidos a un régimen jurídico semejante, aunque no idéntico, al de los bienes demaniales. La LRBRL considera los bienes comunales como bienes de dominio público al establecer que «los bienes comunales y demás bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles y no están sujetos a tributo alguno».

Existen una serie de bienes, cuyos contornos conceptuales no son fácilmente encuadrables en las tres categorías mencionadas en el apartado anterior. Destacan dentro de entre estos, en el ámbito local los Cementerios municipales y el Patrimonio municipal del Suelo.

Los cementerios municipales, aunque son bienes de dominio público afecto al servicio público, han permitido en algún momento, la existencia de propiedad privada o concesiones a perpetuidad. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 3 de noviembre de mil novecientos noventa y dos, aunque reconoció que los cementerios municipales tienen carácter demanial, constituyendo los derechos de sepultura supuestos de un uso privativo normal de dominio público, también declaró que los Reglamentos municipales prevén la existencia de panteones y nichos en propiedad y de otros cedidos a

² Menéndez Rexach, Angel. “El concepto de patrimonio de las Administraciones Públicas”. Tipología de bienes públicos. La categoría del dominio público”. Del libro colectivo “Régimen Patrimonial de las Administraciones Públicas”, dirigido por Concepción Horgué Baena. Editorial Iustel 2007.

³ Gutiérrez Colomina, Venancio. “Régimen Jurídico Estatal y Autonómico del Patrimonio Municipal de Suelo”. Barcelona 2010. Editorial Bayer Hnos.

perpetuidad y que como resulta de la jurisprudencia del propio Tribunal (Sentencia 11 de julio de 1989) estos derechos subsisten válidamente y deben ser respetados. La doctrina del Tribunal Supremo puso fin a la posibilidad de existencia de derecho de propiedad privada en el dominio público municipal, a partir de la Sentencia de 2 de junio de 1997, que estableció que no existe, “propiamente hablando, una propiedad privada del enterramiento, al ser ésta incompatible con el carácter de dominio público”. La STS de 28 de Septiembre de 2.001 lo dejó igualmente claro. Desde la aprobación del RD Ley 7/1996 de 7 de junio, se liberalizó la reserva de los servicios mortuorios, y en la actualidad coexisten los cementerios municipales, como bienes de dominio público por su afectación al servicio público y los cementerios privados. No es muy acertado que se obligue legalmente a los municipios, a cubrir las necesidades totales de enterramientos mediante el servicio público de cementerio municipal y a la vez, se abra a la competencia privada, la prestación de este servicio. Produciéndose además una clara desigualdad de títulos, entre los Cementerios privados, en los que podrán adquirirse derechos reales y los públicos, en los que solamente cabe una concesión demanial temporal.

En cuanto a los bienes del PMS a los que se aplica el régimen patrimonial, la STC 166/1998, de 15 de Julio aceptó la embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público, estableció la diferenciación a estos efectos de los bienes patrimoniales con respecto a aquellos bienes que estén sujetos a una legislación especial (cual si de un “*tertius genus*” se tratase) como es el caso de los inmuebles afectos al PMS. Esta diferenciación, establecida en su FºJº 14, en nuestra opinión⁴ supuso la exclusión de la embargabilidad para los bienes integrantes del PMS. Porque de otra manera sería difícil garantizar el destino legal de construcción de VPP o a otros usos de interés social, si se lleva a cabo sin ningún tipo de condicionantes.

La alteración jurídica de los bienes se produce a través de la afectación de los bienes y derechos a un uso general o a un servicio público, integrándolo en el dominio público (art. 65 LPAP) o mediante la desafectación por dejar de destinarse a un uso o servicio público, adquiriendo el carácter de bien patrimonial (art. 69 LPAP). La desafectación supone que los bienes demaniales y los comunales pasen a formar parte de los bienes patrimoniales, de tal forma que incrementa el patrimonio de la Entidad.

La alteración de la calificación jurídica expresa se opera mediante expediente en el que habrá de acreditarse su oportunidad y legalidad (art. 81.1 LRBRL). Su aprobación corresponde al Pleno de la Entidad local con el quórum de la mayoría absoluta legal si la calificación originaria de los bienes fuera demanial o comunal. Es preciso que salga a información pública por el plazo de un mes (art. 8.2 RBEL).

También puede producirse la calificación jurídica de manera automática por la aprobación definitiva de los planes de ordenación urbana y de los proyectos de obras y servicios, por la adscripción de bienes patrimoniales por más de 25 años a un uso o a un servicio público, a través de la adquisición por usucapión con arreglo al derecho civil,

⁴ Véase Gutiérrez Colomina, Venancio. Urbanismo y Territorio en Andalucía. 2ª Edición Aranzadi 2003. Igualmente Menéndez Rexach, Angel y Iglesias González, Felipe, en Lecciones de Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid, Editorial Montecorvo 2004, señalan que los bienes del PMS aunque sean de naturaleza patrimonial y no demanial, estos bienes deben considerarse inembargables, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial reciente (STC 166/1998, de 13 de julio) y la nueva redacción del art. 154.2 LHL (actualmente art. 173 TRLRHL).

el dominio de una cosa que viniere estando destinado a un uso o servicio público comunal. El art. 66.2 b de la LPAP exige para la adquisición por usucapión, que los actos posesorios que hayan determinado la prescripción adquisitiva hubiesen vinculado el bien o derecho al uso general o a un servicio público, todo ello sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre ellos por terceras personas, al amparo de las normas de derecho privado. La STS de 20 de febrero de 1980, señala que la competencia para declarar adquirido el bien por usucapión le corresponde a los Tribunales civiles al ser una cuestión de propiedad, no siendo por tanto una facultad de la Administración.

Existen otros supuestos de afectación jurídica tácita, por expropiación forzosa. (Art. 66.2.c) de la LPAP). El art. 270.2 de la LCSP, por ministerio de la ley, en base a una causa natural. (art. 370 del Cc), y en el caso de bienes de dominio público o comunales por el no uso según su destino, por más de veinticinco años, según algunas leyes autonómicas (Cataluña y Baleares).

La desafectación puede ser también total o parcial. El derecho de propiedad del vuelo o subsuelo separable de la superficie del bien tiene amparo positivo en el aptd. segundo del art. 16 del Reglamento Hipotecario. No existe obstáculo jurídico para que pudiera desafectarse una zona de vuelo o subsuelo público y convertirla en bien patrimonial mediante los procedimientos procedentes legalmente establecidos, pudiendo enajenarse como bien patrimonial. La Resolución de la DGRN de 4 de abril de 2002 (RJ 2002/5102), resolviendo recurso gubernativo interpuesto por el Ayuntamiento de Oviedo frente a la negativa del Registro de la Propiedad nº 5 a inscribir un acuerdo municipal de desafectación del subsuelo y constitución de complejo inmobiliario, ha manifestado lo siguiente: “el aprovechamiento del subsuelo de una plaza pública por parte de la corporación Municipal es una facultad que asiste a ésta como titular del dominio público sobre la misma, por lo que en tanto la superficie ocupada por los inmuebles expropiados siga cumpliendo la misma finalidad que determinó su adquisición coactiva y subsista su afectación, no puede haber derecho alguno de reversión”. El TRLS08 ha incorporado este mismo criterio en su art. 17.4 y el art. 34.3 ha determinado la no reversión en este caso.

La desafectación de los bienes comunales convertidos en patrimoniales, mantiene algunas limitaciones de utilización y explotación con respecto al régimen general de los bienes patrimoniales. Así el art. 100.2 del RBEL, señala que una vez calificado de patrimoniales, deberán ser arrendados a quienes se comprometan a su aprovechamiento agrícola, otorgándose preferencia a los vecinos del Municipio.

II.- EL DOMINIO PÚBLICO LOCAL.- 1.-Régimen general: delimitación conceptual.- Constituye el dominio público local el conjunto de bienes o cosas vinculadas a un destino público, del que deriva un régimen jurídico exorbitante del derecho civil. Es, por tanto, en primer lugar, el elemento teológico, la afectación, el que determina la pertenencia de un bien al dominio público. El objeto del demanio puede ser tanto los bienes inmuebles o muebles, las cosas incorpóreas y los *iura in re aliena* vinculados a un destino público.

La afectación al dominio público se concreta en una vinculación al uso público (calles, plazas, parques públicos), o al servicio público (Casa Consistorial, Cementerios, Museos). Están regulados en el art. 343 del Cc., art. 5.1 de la LPAP, el art.79 de la LRBRL)

La titularidad de los bienes de dominio público le corresponde a la Administración del Estado, a la de las Comunidades Autónomas y a las entidades locales. Hay unanimidad doctrinal en asignarle la titularidad a las Administraciones Territoriales. No obstante, en algún caso, se le asigna la titularidad a algún ente no territorial. Así el art. 93.2 de la ley Orgánica 11/1983 de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (derogada), asignó la titularidad de los bienes estatales de dominio público, afectos al cumplimiento de sus funciones, a las Universidades. El artículo 80.2 de la vigente ley Orgánica 6/2001, de 1 de diciembre, de Universidades mantiene esta misma asignación de titularidad a las Universidades públicas para su utilización en sus funciones propias. En el ámbito local, la titularidad de los bienes de dominio público, ha de corresponder a un ente local, no a un particular concesionario ni a una Sociedad privada de un ente público local, cuyos bienes se rigen siempre por el derecho privado.

c) Régimen jurídico exorbitante.- El art. 30.1 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala que los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Y además no están sujetos al pago de tributo alguno (art. 80.1 LBRL). No solo los bienes de dominio público están sometidos a un régimen exorbitante del Derecho privado. Son muchas las normas que se encaminan a obtener una especial protección de los bienes de los entes públicos, cualquiera que sea su naturaleza en atención al carácter de su titular.

Según el art. 6 de la LPAP, que tiene carácter básico, se establecen una serie de principios a los que deben ajustarse la gestión y administración de los bienes demaniales, entre otros, la adecuación y suficiencia de los bienes para servir al uso general, la aplicación efectiva al uso general o al servicio público, dedicación preferente al uso común frente al uso privativo, ejercicio diligente de las prerrogativas de la presente ley, identificación y control a través de inventarios o registros adecuados y cooperación y colaboración interadministrativas.

Además, los bienes comunales y demaniales son inembargables. En cuanto a los bienes patrimoniales, si bien no estaba establecido constitucionalmente, el art. 154 de la LRHL también impedía su embargo. Sin embargo, esto sufrió una importante modificación, como consecuencia de la STC 166/1998 de 15 de julio. La STC señala que la inembargabilidad establecida en el art. 154.2 LRHL, en la medida en que se extiende a los bienes en general de la Hacienda Local y comprende los bienes patrimoniales no afectados materialmente a un uso o servicio público. La Sentencia distingue entre el nacimiento de la obligación y su exigibilidad. La Sentencia afirma la embargabilidad de los bienes, sólo en el caso que el deudor “persistiera” en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda (punto 15, final de la Sentencia).

La prescripción adquisitiva o usucapión no puede predicarse de los bienes de dominio público. El art. 30.1 de la LPAP con carácter de aplicación plena establece la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público.

Sin embargo, ¿que ocurre en el caso que el bien aparezca formalmente clasificado como bien de dominio público pero en la realidad no está destinado a un uso o servicio público? La jurisprudencia del TS ha venido señalando que la no afectación pública de un bien, puede producir la prescriptibilidad, como consecuencia de una desafectación implícita (STS de 20 de noviembre de 1985).

Por otra parte, el art. 30.2, de la LPAP, con carácter de aplicación general, admite la prescripción adquisitiva de los bienes patrimoniales por los particulares. Para

ello lo único que exige es, que deben darse, los requisitos previstos en el Código civil. (arts.1940, 1941, 1950, 1952, 1957 y 1959).

El art. 30.1 de la LPAP recoge el carácter de inalienabilidad de los bienes de dominio público por su afectación al uso o servicio público. No ocurre esto en el caso de los bienes patrimoniales, que pueden ser enajenados sin exclusión alguna; ni siquiera se exceptúan los bienes patrimoniales destinados al uso o servicio público, que pueden ser enajenados aunque no embargados. Los bienes comunales no pueden ser enajenados, pero si pueden ser expropiados. La STS de 3 de Octubre de 1994 así lo deduce. La inalienabilidad también incluye la imposibilidad de gravar con derechos o cargas reales civiles.

La no sujeción a título no ha sido recogido por la CE pero si por las leyes, que dice que los bienes comunales y los demás bienes de dominio público no están sujetos a tributo alguno.

2.- Régimen de Utilización.- Los bienes demaniales afectados al servicio público se registrarán por la normativa sobre el servicio público y su utilización por los usuarios (art. 74.2 RBEL). En cuanto a los bienes demaniales afectados al uso público cabe establecer por razón de las modalidades de éste, la siguiente clasificación (art. 75 y ss. del RBEL):

a) *Uso común.-* Es el correspondiente por igual a todos los ciudadanos indistintamente, de modo que el uso de unos no impida el de los demás interesados. Este uso común puede ser general, cuando no concurren circunstancias singulares, y especial, cuando concurren circunstancias de peligrosidad, intensidad de uso o cualquiera otra semejante. El uso común general se ejercerá libremente. El uso común especial podrá sujetarse a previa licencia o autorización demanial.

b) *Uso privativo* de un particular, constituido por la ocupación de una porción del dominio público, de modo que limite o excluya la utilización por los demás interesados. Precisa concesión demanial.

Los títulos habilitantes pueden consistir en autorizaciones o concesiones. En el art. 92 de la LPAP, se regula el régimen de otorgamiento de las autorizaciones. Con carácter no básico, el plazo máximo de duración incluidas las prórrogas son de cuatro años. En el régimen jurídico de la concesión se establece un plazo de duración que no excederá de 75 años salvo que se establezca otra menor en las normas especiales de aplicación. El art. 93.1 de la LPAP señala que el otorgamiento de concesiones demaniales se efectuará en régimen de concurrencia. Pero establece la posibilidad de otorgarla directamente en los supuestos del art. 137.4 de la LPAP. Uno de estos supuestos sería cuando se otorgue a una Administración pública o a cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público, como es el caso de la sociedad mercantil en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una o varias Administraciones Públicas o personas jurídicas de Derecho Público. El titular de la concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad de la concesión. Dentro del plazo de la concesión tendrán los derechos y obligaciones de los propietarios.

Las entidades locales gozan, respecto de sus bienes, de una serie de prerrogativas como la de recuperar por sí mismas su posesión en cualquier momento cuando se trate de los de dominio público y, en el plazo de un año, los patrimoniales. La de deslinde, la potestad investigadora que podrá ejercitarse de oficio o por denuncia de los particulares, a los que deberá abonarse, en concepto de precio e indemnización por gastos, el 10 por 100 de la cantidad líquida que haya de percibir la Administración y la potestad de desahucio administrativo.

En cuanto a la defensa, propiamente dicha, de los bienes y derechos locales, existe la obligación de los entes locales de ejercer las acciones necesarias para su defensa, previo dictamen del Secretario, así como la prohibición de allanamiento a las demandas judiciales que afecten al dominio y demás derechos reales. Además, cualquier transacción o arbitraje deberá ser aprobada por el Órgano de Gobierno de la Comunidad Autónoma. También tiene la obligación de formar inventario, y obligación de inscribir los bienes en los Registros Públicos, ya sean demaniales o patrimoniales, que sean susceptibles de inscripción.

3.- Competencia jurisdiccional.- El régimen jurídico exorbitante del derecho civil para el dominio público origina la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. No obstante cuando la Administración actúa desprovista de “auctoritas”, existen pronunciamientos jurisprudenciales que establecen la competencia de la jurisdicción privada. Así la Sentencia Tribunal supremo Sala de lo civil de 6 de junio de 2005 aceptando la Jurisdicción civil sobre reclamación de impago por el uso preferente de unos espacios de dominio público en el Puerto deportivo de un municipio, requeridos por una Sociedad Municipal que gestionaba dicho Puerto, por su carácter civil y equiparando la cantidad adeudada al cobro de un arrendamiento porque dicha Sociedad no tenía “auctoritas” y debía regularse por el derecho civil.

Tampoco se puede utilizar el urbanismo para dilucidar cuestiones privadas, así cabe decir, que es doctrina del TS que no corresponde a la Administración controlar a través de la licencia la titularidad dominical del terreno sobre el que se pretende construir, y que la licencia urbanística no es instrumento adecuado para verificar situaciones jurídico-privadas cuya definición, por otra parte, no habría de corresponder a la Administración, sino a los Tribunales Civiles. Pero aunque la doctrina expuesta encuentra excepción en los supuestos de dominio público, pues la peculiar naturaleza del fin al que está afectado reclama una protección especial para sus pertenencias, la misma jurisprudencia ha exigido que conste de modo patente y claro el carácter demanial de los bienes pues, de lo contrario, la exigencia de plantear la correspondiente acción reivindicatoria ante la jurisdicción ordinaria propia de los bienes patrimoniales se tendría que hacer extensiva también a los bienes demaniales.

III.- BIENES PATRIMONIALES.- 1.- Regulación legal.- El Código civil los define en el art. 340 con arreglo al criterio residual, al igual que el art. 16 de la LPAP, que señala que “salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público”. El carácter residual de los bienes patrimoniales no quiere decir que la demanialización de los bienes de titularidad pública deban sufrir un proceso de ampliación ilimitado.

Son bienes sin vinculación directa a un destino público y, por tanto, son **enajenables, embargables** (la STC 166/1988, de 15 de julio, declaró la inconstitucionalidad del inciso «y bienes en general» del art. 154.2 Ley de Haciendas Locales (LHL), lo que permite a los Tribunales despachar mandamientos de ejecución contra los bienes patrimoniales de los entes locales no afectados a un uso o servicios públicos), **prescriptibles** (prescripción adquisitiva con arreglo al Código Civil) y **sujetos al pago de tributos** (art. 64.b LHL). Los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto, por las normas de Derecho privado (art. 80.2 LBRL). Se establecen con carácter básico en el art. 8 LPAP los principios que deben impregnar la gestión y administración de los bienes patrimoniales. Caben destacar, en primer lugar, la eficiencia y economía en su gestión ligada con la eficacia y rentabilidad en la explotación.

2.- Régimen de aprovechamiento de los bienes patrimoniales.- El artículo 4.1 p) y 2 del TRLCSP, excluye de su ámbito de aplicación, entre otros, a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador. Establece que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial.

Los bienes patrimoniales deben ser objeto de utilización y explotación, cuando no estén destinados preferentemente al uso o servicio público, no se considere necesaria su enajenación y sean susceptibles de un aprovechamiento rentable. No obstante, esta rentabilidad, no deberá medirse sólo en función de criterios de carácter económico, sino que también debe servir para el desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor”⁵.

Cuando la Corporación local titular de un bien considera conveniente ceder su utilización mediante el “correspondiente contrato de arrendamiento o cesión de uso, por razón, de su objeto tendrá carácter civil, no administrativo, según reiterada jurisprudencia del TS (entre otras muchas Sentencias de este alto Tribunal, pueden verse las de 13 de noviembre de 1979 (TOL 1.740.858) y 15 de febrero de 1983)”.

3.- Los procedimientos de selección del contratista en el contrato patrimonial.- El artículo 107 LPAP, con carácter básico señala que “los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso, salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente”. Entre el art. 107.1 de la LPAP y el artículo 92 RBEL hay una clara contradicción, cuando dispone este último que “el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales de las entidades locales se regirán, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las entidades locales. Será necesaria la realización de subasta siempre que la duración de la cesión fuera superior a cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto”.

⁵ Julio V. González García: Derecho de los bienes públicos. Patrimonio y bienes patrimoniales. 2ª Edición Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. pág. 144

El Tribunal Constitucional en Sentencia 162/2009, de 29 de junio entiende que el legislador estatal está legitimado para optar por el concurso como forma de adjudicación de los contratos para la explotación de los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas (sin perjuicio de los supuestos excepcionales de adjudicación directa) y para excluir en todo caso a la subasta. Esto, según el Tribunal, no se contradice con la finalidad que también establece la LPAP de obtener el máximo rendimiento de estos bienes para las Administraciones Públicas. En efecto, dicha finalidad “puede satisfacerse perfectamente seleccionando al adjudicatario mediante concurso, forma de adjudicación del contrato en la que, entre otros criterios a considerar, habrá de tenerse en cuenta, desde luego, el del precio ofertado, hasta el punto de que este criterio resultará determinante si existiera empate entre ofertas atendiendo a los restantes criterios de adjudicación del concurso, pues, existiendo esa situación de igualdad entre los licitadores, la racionalidad de los principios de buena administración de los intereses públicos (art. 103.1 CE) y de eficiencia y economía en la gestión de los recursos públicos (art. 31.2 CE), conduce a la elección del interesado que ofrezca pagar mayor precio por la utilización del bien patrimonial de que se trate.” Por todo ello el TC considera que el precepto autonómico aragonés, objeto de la cuestión de inconstitucionalidad contradice de forma abierta e insuperable por vía interpretativa lo dispuesto con carácter básico por el art. 107.1. Así pues, en definitiva, a partir de esta STC no cabe emplear la subasta como procedimiento de selección para la utilización y aprovechamiento de los bienes patrimoniales. Considerándose derogado al respecto el art. 92 RBEL.

El artículo 106.1 LPAP dispone que la explotación de bienes o derechos patrimoniales podrá efectuarse a través de cualquier negocio jurídico, típico o atípico⁶. De esta forma, para la conclusión de cualquiera de los referidos negocios jurídicos, la Administración goza del principio de libertad de pactos. En consecuencia, la Administración, para la mejor gestión del interés público, podrá concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, especialmente los determinados en el artículo 8 de la LPAP anteriormente transcrito.

Los negocios jurídicos más usuales para la explotación de los bienes patrimoniales son: El arrendamiento y el derecho de superficie.

El arrendamiento es la forma normal de utilización por terceros de los bienes patrimoniales de la Administración Pública. La LPAP no contiene preceptos básicos referidos al arrendamiento o a la cesión de bienes patrimoniales. Esta ausencia de normas básicas da mayores posibilidades al desarrollo autonómico en esta materia. Con carácter no básico, el art. 106.3 de la LPAP, dice que la duración de estos contratos no deberá ser superior a veinte años incluidas las prórrogas, salvo causas excepcionales debidamente justificadas. Los arrendamientos urbanos (en cuanto a sus efectos y extinción), quedan sometidos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos (LAU).

El derecho de superficie, como consecuencia de la atenuación legal de sus límites jurídicos, está experimentado un aumento de su utilización, pues aunque nació

⁶ Entre estos negocios puede señalarse el contrato de arrendamiento con opción de compra, previsto en el art. 106.4 de la LPAP para los bienes inmuebles del Estado y que puede utilizarse con carácter supletorio para el resto de administraciones públicas.

en el derecho civil, ha sido en el Derecho Administrativo Urbanístico donde ha tenido su mejor desarrollo. La STC 61/1997 reconoce que “es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8 CE, corresponde al Estado establecer”.

La STS (Sala de la Civil), de 15 junio 1984 (TOL 1.737.566) ya señalaba que el derecho de superficie suponía una relación jurídica de naturaleza compleja con dos derechos de diferentes caracteres:

- a) Un derecho real de disfrute sobre finca ajena, o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, que autoriza a ocupar ésta y a construir o edificar sobre ella;
- b) Un verdadero derecho de propiedad (propiedad superficiaria) sobre lo construido, limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, considerado como un caso de “*dominium utile*” mismo y que hace decaer el derecho de accesión, en la regla y principio “*superficies sólo cedit*”.

El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito (art. 40.3 TRLS 08). El art. 40.4 del TRLS08 señala que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho. El TRLS08 ha ampliado el objeto y no limita la finalidad a la construcción de VPP o a otros usos de interés social, sino que lo extiende a cualquier tipo de construcciones o edificaciones en la rasante, en el vuelo y en el subsuelo de una finca ajena. Además también establece que se puede constituir el derecho de superficie sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

Algunas CCAA, permiten la constitución del derecho de superficie sobre dotaciones de titularidad pública de carácter residencial (con dudoso carácter demanial o patrimonial). El art. 179 de la Ley 9/2001 del Suelo de la CA de Madrid permite constituir derecho de superficie en la dotación supramunicipal con destino a vivienda de integración social. El art. 34 del Decreto Legislativo catalán 1/2005, de 26 de julio, establece la posibilidad de que el planeamiento urbanístico prevea como sistemas urbanísticos reservas de terrenos para viviendas dotacionales públicas dirigidas a satisfacer las necesidades temporales de colectivos de personas con necesidades de asistencia y emancipación.

Cabría preguntarse si pueden ser objeto de derecho de superficie los bienes demaniales. Puede decirse de que con carácter general se admite que la Administración sólo puede constituir el derecho de superficie sobre bienes patrimoniales y no sobre bienes demaniales. (STS de 28 de abril de 1992). No obstante, lo que es cierto, es que cada vez más hay una cierta difuminación entre los límites conceptuales de estas dos figuras. En efecto el art. 97 de la LPAP señala que el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido y tiene, durante el plazo de validez de la concesión, los derechos y obligaciones del propietario. También cabe preguntarse, ¿qué naturaleza jurídica tiene el contrato procedente para un derecho de superficie sobre un bien del PPS?

Cuando se trate de un derecho de superficie sobre un bien perteneciente al PMS, el contrato sobre el que se formalice dicho derecho tiene el carácter de contrato administrativo de carácter especial, puesto que satisfacen de forma directa o inmediata

una finalidad pública de la específica competencia de la Administración Pública titular del bien del PPS.

A los contratos administrativos especiales, de acuerdo con el art. 19.2 LCSP, le son de aplicación en primer término sus normas específicas. Por ello en el caso del derecho de superficie del PPS le será de aplicación al procedimiento de selección del superficiario, los procedimientos previstos en cada legislación urbanística autonómica para la enajenación de los bienes del PPS, salvo que expresamente se establezca un procedimiento específico para el derecho de superficie.

También caben las cesiones de uso de bienes patrimoniales. En la cesión gratuita no existe contraprestación valorable económicamente, pero en cambio sí existe una contraprestación evaluable socialmente, al realizarse para el cumplimiento de un fin que reporta un beneficio a la comunidad, aunque no se trate de un equivalente económico. Dentro de los negocios jurídicos, a través de los que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 106.1 de la LPAP, de carácter básico, sería posible legalmente ceder el uso de un bien municipal, en este caso de manera gratuita, estaría el contrato denominado de comodato, que se recoge en los artículos 1.740 y siguientes del CC, y es posible definirlo como la entrega de alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y la devuelva. El comodante (en este caso el ente local) mantiene la propiedad de la cosa prestada y el comodatario adquiere el uso de la misma sin pagar por ello. El ente local en su condición de comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para el que la prestó. Pero, en el caso que tuviera urgente necesidad de ella, podrá reclamar su devolución (art. 1.749 C.C.).

Dos son las características esenciales:

-Gratuidad.-El comodato supone un préstamo esencialmente gratuito, lo que en caso de intervenir algún tipo de retribución, el contrato deja de ser comodato, pasando a ser arrendamiento o cualquier otro de carácter oneroso.

-Duración temporal y extinción del contrato. El uso lo otorga el comodante por tiempo cierto. En el supuesto de no haberse pactado la duración ni tampoco el uso a que ha de destinarse la cosa prestada, se acudirá a la costumbre de la tierra para determinar aquél uso y, en defecto de ésta, la duración queda a discreción del comodante que podrá reclamarla a su voluntad; en este último caso, la doctrina ha considerado que estaríamos ante el llamado contrato de precario, como especie o modalidad del comodato, caracterizado por no tener plazo específico de duración, con la facultad del comodante de reclamar la restitución del bien prestado cuando lo estime oportuno, tal como se contempla en el artículo 1750 del Código civil.

En principio, los bienes patrimoniales no podrán ser objeto de cesión en precario, ya que los bienes de propios no podrán cederse gratuitamente salvo las excepciones del art. 109.2 del RBEL. Sin embargo, teniendo en cuenta que el precario, como dice la STS de 28 de julio de 1987, consiste en un uso gratuito, que depende “de la mera liberalidad o voluntad administrativa, para hacer cesar las ocupaciones que se produzcan con o sin indemnización conforme a la naturaleza de la concesión”, ha venido siendo tolerado por la Administración.

En cuanto a la reversión, según la STSJ Galicia de 4 noviembre de 1996 tiene naturaleza de derecho potestativo y autónomo. La STS de 10 de junio de 1998 establece que se trata «del ejercicio de una potestad administrativa específica atribuida a los entes locales por la normativa reguladora de la actuación patrimonial de los mismos». Esta naturaleza de potestad administrativa respecto de sus bienes, podría llevar a considerar

la reversión, entre las prerrogativas de que gozan las Entidades Locales Territoriales respecto de sus bienes, aunque no aparezca expresamente enumerada como tal en la legislación de bienes.

La STS, de 14 de febrero de 2006 sienta un nuevo criterio sobre la doctrina de la reversibilidad transcurridos los treinta años de afectación del bien al destino previsto afirmando «que los bienes no se convierten automáticamente en irreversibles, sino que se mantiene su afectación prevista en la cesión» en relación con lo establecido en el art. 13 RB porque, a juicio de la Sala, la expiración de dicho plazo no comporta que el donatario o la Administración cesionaria, en su caso, pueda alterar o extinguir o alterar por su voluntad unilateral el destino a que se encuentre afecto el bien. Por ello, la STSJ de Justicia de Castilla La Mancha, de 4 de junio de 2008, declaró la improcedencia de la acción de reversión que ejercita el Ayuntamiento de Quintanar de la donación modal de un solar hecha en su día a la Caja Postal de Ahorros para la construcción de un edificio para los servicios de Correos y Telecomunicaciones, destino que debería mantener al menos durante treinta años.

4.- Jurisdicción competente en la cesión, reversión: civil o contencioso-administrativa.

El art. 110.1 de la LPAP, establece que los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo y, en lo no previsto en estas normas, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas. Así pues, a pesar que el art. 4.1.p) del TRLCSP excluye de su ámbito a los contratos patrimoniales, la remisión del art. 110 vuelve a establecer la aplicación del TRLCSP. Y en cuanto a sus efectos y extinción se regirán por esta ley y las normas de derecho privado.

Ratificando cuando decimos, el artículo 110.3 de la LPAP, disposición de aplicación general, establece, que el orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan sobre los mismos entre las partes. No obstante, se considerarán actos jurídicos separables los que se dicten en relación con su preparación y adjudicación y, en consecuencia podrán ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de acuerdo con su normativa reguladora.

En la legislación local, el art. 80.2 LRBRL señala que los bienes patrimoniales se rigen por su legislación específica y, en su defecto por las normas de Derecho privado. La normativa autonómica también suele remitirse en cuanto a la preparación y adjudicación a la normativa de contrato. En este mismo sentido, la STS de 25/10/2005 dice que al tratarse de un bien municipal, la celebración del contrato de compraventa ostenta la consideración de contrato privado. Los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la legislación de contratos. Pero en cuanto a los efectos y extinción se regirán por la normativa de derecho privado aplicable en cada relación contractual, así dice que “resulta incontrovertible la posibilidad para el arrendatario de un bien de propiedad municipal de comparecer en la subasta para la venta del bien convocada al efecto mediante la oportuna oferta sin que tal presencia en el citado procedimiento constituya obstáculo alguno para el ejercicio del derecho de adquisición preferente establecido en el art. 31 de la Ley Arrendamiento Urbano 1994(LAU) en relación art. 25 del mismo texto legal.” “En consecuencia si en

el ámbito del derecho civil la Sala Primera ha declarado que no constituye fraude de ley ni abuso de derecho el ejercicio de ambas posibilidades, concurrir a una subasta y ejercitar el derecho de retracto, menos aún entiende esta Sala de lo Contencioso Administrativo en el marco de un procedimiento administrativo.”

También es muy ilustrativa sobre la jurisdicción competente la Sentencia 27/2008 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, al resolver sobre la inadmisión, acordada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al considerar que la cuestión litigiosa está reservada a la jurisdicción civil. Y ello por cuanto que el contrato del que trae causa el requerimiento a la Corporación local demandada, en un contrato de permuta suscrito entre la recurrente y la Corporación municipal, y por tanto de carácter privado. Pero para precisar si la inactividad impugnada, y con ella el recurso formulado debe residenciarse ante la jurisdicción contenciosa, resultará preciso analizar la naturaleza del contrato suscrito entre la Corporación demandada y el recurrente, concluyendo a tal efecto que “no estamos ante un mero contrato privado, y si ante un auténtico contrato administrativo, que incluye algo más que un simple acuerdo de permuta. Y es que efectivamente, vemos como en el acuerdo, las partes convienen no solo una permuta, sino que esta sería la consecuencia de lo pactado. Que no es otra cosa que la apertura de una calle con cesión de terrenos por ambas partes. Que el contrato de permuta no puede calificar sin más y en su globalidad de privado. Por el contrario, aparecen en contrato importantes elementos públicos, apertura de una calle, segregación de terrenos municipales de los que se desconoce su naturaleza demanial o patrimonial, actos separables de preparación y adjudicación, y en fin inactividad administrativa ante un requerimiento por parte de quien está efectivamente legitimado, que justifican la competencia de esta jurisdicción para entrar a conocer del fondo del asunto y examinar la procedencia de la inactividad administrativa.”

Hay una clara delimitación entre el ámbito de ambas jurisdicciones en la STS de 10 de junio de 1998 en la que el Tribunal dice que «indudablemente las cuestiones litigiosas de propiedad sobre los bienes municipales (lo que es extensible a la cesión de usos) han de ventilarse ante los Tribunales Civiles, sin que en la vía contenciosa quepa efectuar pronunciamiento alguno sobre el tema, a excepción de los supuestos, y con los límites, que se derivan de la resolución de cuestiones estrictamente prejudiciales», tal como reconoce el art. 4 de la Ley 29/98 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA). A lo que se extiende la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, según la misma sentencia, es a enjuiciar «la procedencia de acordar la reversión a que se refiere el art. 111 RBEL «examinar la competencia municipal para acordarlo, la legalidad del procedimiento administrativo seguido, y la procedencia de las causas de oposición articuladas frente al mismo», y todo ello «siempre que la reversión se ejercite en relación con un contrato de los comprendidos en el art. 3.a de la Ley de 27 de diciembre de 1956», que hoy habrá que entender que se trata del art. 2.b LJCA de 1998, refiriéndose a los actos de preparación y adjudicación de los contratos civiles. La misma sentencia citada rechaza «toda tentativa de sustraer a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa la potestad para resolver sobre la validez o nulidad de la reversión acordada, puesto que impondría lo contrario, tanto la naturaleza administrativa del contrato de cesión - siquiera verse sobre bienes patrimoniales- como la facultad que se otorga al Ayuntamiento para proceder a efectuarla de modo directo y que el Reglamento de Bienes autoriza».

En resumen, cabe concluir que existe una complicada interrelación entre la jurisdicción civil y contencioso-administrativa, sobre la competencia para el conocimiento de los recursos judiciales de los bienes locales, originada por una serie de factores como son entre otros, la diferencia entre la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público y patrimoniales, el ejercicio o no por la Administración o por sus entes instrumentales de la “auctoritas” o el distinto régimen jurídico de los actos preparatorios y de los referidos a los efectos jurídicos de fondo, agravado además por la concurrencia entre la legislación de carácter autonómico y estatal, todo lo cual sería necesario armonizar para evitar los problemas sobre la competencia jurisdiccional.